



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

Expediente 110013105016201700758-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Pensión de vejez – falta de afiliación oportuna por empleador (con cálculo actuarial y actualización de historia laboral)

Procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ JAIME DIAZ RANGEL** en contra de la **SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SAS, YESID PARRA CASTRO Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y en lo no apelado conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última. Previamente se reconocerá personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCIA con CC No. 1.024.463.217 de Bogotá y T.P No. 291.785 del CSJ en los términos y para los efectos del poder obrante a folios 177 a 184.

ANTECEDENTES

JOSÉ JAIME DIAZ RANGEL, llamó a juicio a la SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SAS, a YESID PARRA CASTRO y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se declare que existió contrato de trabajo del 1º de febrero de 2003 al 31 de octubre de 2005 y del 1º de junio de 2007 al 31 de mayo de 2009 con la aludida sociedad, en donde la misma omitió la afiliación y aportes a pensión de algunos periodos, siendo solidariamente responsable la persona natural; y de otra parte, que COLPENSIONES debe tener en cuenta los ciclos cotizados por cuenta del empleador Hotel Saint Simón; y como consecuencia de tales declaraciones se profieran las siguientes condenas: 1) a la sociedad demandada y a la persona natural a

pagar el cálculo actuarial de los aportes debidos (febrero a septiembre de 2003, febrero a octubre de 2005 y junio a octubre de 2008), y a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, desde septiembre de 2009, debidamente indexada, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, nació el 6 de octubre de 1948, es beneficiario del régimen de transición, el 10 de septiembre de 2012, solicitó la pensión la cual le fue negada con resolución GNR 060182 del 13 de abril de 2013, concediéndole en su lugar la indemnización sustitutiva, por lo cual el 23 de junio de 2017, nuevamente elevó solicitud la cual también fue negada con Resolución SUB 151978 del 10 de agosto de 2017, sin tener en cuenta los períodos aquí reclamados, aun cuando el empleador cotizó a salud, sin que COLPENSIONES realizara los cobros coactivos correspondientes ni accediera corregir la historia laboral, limitándose a decir que debía allegar prueba de las vinculaciones laborales, con lo cual desconoce que cumple los requisitos de ley para tener derecho a la pensión de vejez. (fls 67-78).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en debida forma las demandadas (fls 105-107) COLPENSIONES con escrito de folios 126 a 132 y 158 a 159, dio contestación, en donde se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. Las demás no se pronunciaron.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 5 de septiembre de 2019 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSÉ JAIME DÍAZ RANGEL identificado con C.C. No 19.100.604 y la demandada CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA S.A.S existió un contrato de trabajo entre el 10 de Junio de 2007 hasta el 30 de marzo de 2008, tiempos en los cuales se omitió la afiliación en el sistema de seguridad social en pensiones en favor del demandante.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor JOSÉ JAIME DÍAZ RANGEL aquí demandante y demandado YESID PARRA CASTRO identificado con CC. No 19.407.417 existió un contrato de trabajo desde el 10 de febrero de 2003 hasta el 31 de octubre de 2005, tiempo en los cuales omitió la afiliación por el empleador al subsistema de seguridad social en pensiones en favor del demandante.

TERCERO: CONDENAR al demandado, señor YESID PARRA CASTRO a pagar ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a satisfacción de la misma el cálculo actuarial que

ésta liquide respecto de las cotizaciones a pensión correspondientes al demandante, el señor JOSÉ JAIME DÍAZ RANGEL para los periodos de febrero de 2003 a septiembre de 2003, octubre de 2003 a enero de 2005 y febrero de 2005 a octubre de 2005, teniendo en cuenta como IBC un salario mínimo legal mensual vigente para la época de la cotización.

CUARTO: *CONDENAR a la demandada CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SA.S a pagar a satisfacción de Colpensiones y a favor de dicha entidad el cálculo actuaria que esta liquide respecto a las cotizaciones a pensión correspondientes al demandante, señor JOSÉ JAIME DÍAZ RANGEL para los periodos de junio de 2007 a marzo de 2008 teniendo en cuenta como IBC un salario mínimo legal mensual vigente para la época de la cotización*

QUINTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reconocer y pagar al demandante señor JOSÉ JAIME DÍAZ RANGEL pensión de vejez e partir del 10 de septiembre de 2009 en cuantía de salario mínimo legal mensual vigente teniendo en cuenta que reúne el requisito pensional conforme al régimen de transición y al acuerdo 049 de 1990 artículo 12*

SEXTO: *DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2014.*

SÉPTIMO: *AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional a favor del demandante el valor*

de \$6.314.761 por concepto de la indemnización sustitutiva que le fue pagada en virtud de la resolución GNR 060182 del 13 de abril de 2013.

OCTAVO: *CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SAS y al señor YESID PARRA CASTRO a y en favor de la parte demandante practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE a cargo de cada uno de los demandados y sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES en estas diligencias.*

(...)

Los apoderados de las partes solicitan se adicione la sentencia proferida.

Se ADICIONA la sentencia en el siguiente sentido: *se ORDENARÁ que sea indexado el valor de las mesadas pensionales aquí condenadas al momento de su pago, para lo cual Colpensiones acudirá al IPC certificado por el DANE para cada fecha de causación de dichas mesadas y como índice final, el IPC vigente al momento del pago del retroactivo correspondiente.”*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación única y exclusivamente en cuanto a que el reconocimiento debe proceder desde febrero de 2014 y no

desde septiembre de 2009, porque la sentencia SU 226 de 2019 resalta que debe tenerse en cuenta el tiempo de servicios que por omisión no hubieran afiliado a su trabajador, siempre y cuando la empresa traslade con base en el cálculo actuarial la suma debida, por lo que en este caso todavía no se ha efectuado el traslado de dichos montos, debiéndose esperar la fijación del monto, luego sí el pago, y reunidos estos dos adelantar las actuaciones de cobro y seguidamente reconocer la pensión, es decir, no condenar al pago inmediato de la pensión hasta tanto los empleadores no realicen la cancelación del cálculo a satisfacción de la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte actora solicitó confirmar la sentencia apelada pues se acreditó la causación de la cotización y la prestación del servicio en los periodos en los que se declaró la omisión de la afiliación y la existencia de los contratos de trabajo teniendo en cuenta los tiempos mencionados de los empleadores. Entre tanto, COLPENSIONES precisó que respecto a la obligatoriedad de efectuar cotizaciones al sistema general de seguridad social lo es en vigencia del vínculo laboral y, que el reconocimiento pensional va ligado al previo pago de los periodos reclamados, lo cual no es de su competencia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se circunscribe a establecer en primer lugar, si la no inclusión de semanas no registradas en el historial del demandante obedeció a una falta de afiliación o si se trató de un periodo de mora patronal, para seguidamente determinar la responsabilidad de COLPENSIONES frente al cobro y contabilización de tales periodos; aclarado ello, se verificará si el actor es beneficiario del régimen de transición y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, la fecha a partir de la cual se causó y comienza su disfrute, y sobre esa base, el monto y si hay lugar al pago de retroactivo e intereses moratorios. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en los artículos 66A y 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

DIFERENCIA ENTRE MORA PATRONAL Y FALTA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Dado que tienen causas y consecuencias distintas, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL14388-2015 Radicación N.º 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P Dr Rigoberto Echeverri Bueno, grosso modo, precisó en cuanto a la mora del empleador en el pago del aporte, que se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, ello por cuanto las administradoras de pensiones, y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, razón por la que no es posible trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores. Debiendo en consecuencia las administradoras demostrar que han adelantado el proceso de gestión de cobro, porque si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

De otra parte, la falta de afiliación al sistema de pensiones implica que la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora; solución que es común para las tres hipótesis de omisión que pueden presentarse, a saber: **1)** Falta de afiliación del trabajador por falta de cobertura del sistema de seguridad social: A partir del 2014, la Corte definió, entre otras cosas, la responsabilidad de los empleadores frente a sus trabajadores por dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, imponiendo que los lapsos sin cobertura debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional. **2)** Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones. Por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el máximo tribunal laboral optó por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. Y **3)** No afiliación por omisión pura y simple del empleador. Finalmente, ante estas situaciones, la Sala Laboral de la CSJ ha dado cabida al reconocimiento de las prestaciones por las respectivas entidades de seguridad social con el consecuente recobro e integración de las cotizaciones y recursos, a través de cálculos actuariales.

Y es que en el evento de que se trate de mora patronal, como aquí aconteció para algunos periodos, por supuesto que será la entidad administradora de pensiones la que deba asumir la responsabilidad, sin que la falta de pago del cálculo actuarial sea óbice para ello, por la potísima razón de que contaba con la posibilidad de adelantar cobro coactivo. No así tratándose de los periodos de omisión del empleador.

Aclarado lo anterior, con la documental que reposa a folios 152 a 157, así como del resumen de semanas cotizadas por empleador contenido en el expediente administrativo del folio 142, se tiene plenamente demostrado respecto de los periodos laborados por el demandante cuya inclusión solicita sea tenida en cuenta en esta actuación, esto es, de los meses de enero a julio de 1998 por cuenta del empleador Hotel Saint Simón; de octubre de 2003 a enero de 2005 a cargo del empleador Yesid Castro Parra; febrero y marzo de 2006 con el empleador Beranio Romero; de septiembre a noviembre de 2006 con el empleador Silvestre Rodríguez; y de junio de 2007 a marzo de 2008 con el empleador Construpar y Cia Ltda; que algunos reflejan periodos en mora mientras que otros corresponden a omisión en la afiliación, tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

EMPLEADOR	Periodos de no afiliación a pensiones	Periodos de mora patronal	Periodos de cotización simultanea	Total periodo a tener en cuenta	Total tiempo de servicios y/o semanas
HOTEL SAINT SIMON (fl 153 y vto), en lugar de realizar cobro coactivo imputó los pagos de este periodo a mora de periodos posteriores y anteriores ¹		05-1996 y 01-1998 a 07-1998		05-1996 y 01-1998 a 07-1998	233 días
YESID PARRA CASTRO (fls 15, 23 y 153 vto) Realizó pagos en favor de su trabajador únicamente para el riesgo de salud	10-2003 a 01-2005			10-2003 a 01-2005	480 días
CONSTRUPAR Y C LTDA (fls 29- 30 y 154)	06-2007 a 03-2008			06-2007 a 03-2008	300 días
PIZANO PRADILLA CARD RESTREPO LTDA (fl 153 vto) Aunque reportó 7 días COLPENSIONES sólo toma 2 como cotizados		01-2000		01-2000	5 días
Total semanas en mora					238 días = 34 semanas
Total semanas omisión de afiliación					780 días =111.42 semanas
Total semanas calculo actuarial					1.018 días = 145.42 semanas

Ahora bien, en cuanto a los meses de febrero y marzo de 2006, contrario a lo aducido por el demandante, sí aparecen reportados en el resumen de semanas cotizados por su empleador ROMERO BERANIÓ, sin que sea posible incluir los meses de septiembre a noviembre de 2006 con el

¹ La imputación de pagos que trata el Decreto 1818 de 1996 y 1406 de 1999, no contabiliza el total de días cotizados para los ciclos 1998/01 a 1998/07. En razón a lo anterior, de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, de ser procedente se requerirá al empleador el pago de los ciclos pendientes (fls 45-46)

empleador Silvestre Rodríguez, ante la ausencia de prueba relación laboral en tal sentido.

Períodos de ausencia de afiliación que así evidenciados, dan lugar a la elaboración del cálculo actuarial con el fin de que sean cobrados por COLPENSIONES a las aquí demandadas SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SAS, YESID PARRA CASTRO, al encontrarse plenamente acreditada la prestación de los servicios personales y subordinados del señor JOSÉ JAIME DIAZ RANGEL con aquellas durante los mismos, como bien lo concluyera el A quo, al tenerlas como confesas de tales hechos por su falta de asistencia a la audiencia de conciliación y a absolver interrogatorio de parte, aunado a los certificados expedidos por las EPS que dan cuenta que lo afiliaron al sistema de salud.

DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL- CALCULO ACTUARIAL

Según reporte de semanas allegado por COLPENSIONES, el demandante registra un total de 394.43 semanas válidamente cotizadas, las que sumadas a las 34 debidas por mora del empleador -cuya falta de cobro reporta consecuencias para la administradora y no para el afiliado-, arrojan un total de 428.43 semanas, las que así vistas resultan insuficientes para atribuir a dicha entidad administradora de pensiones responsabilidad frente al reconocimiento pensional ordenado en primera instancia.

En este punto debe indicarse que las 111.42 semanas de tiempo de servicio que se le ordenan incluir a COLPENSIONES por virtud de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, mal pueden ser consideradas en esta oportunidad para tales propósitos, pues como bien lo refirió la censura, la entidad tan sólo tiene la obligación de realizar dicho computo una vez le sea girado el monto correspondiente al cálculo actuarial por ese período, siendo hasta entonces que realice el estudio a que haya lugar a fin de determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición y le asiste o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Ello, como quiera que no estamos en presencia de una tardanza de la administradora de pensiones frente al pago de mesadas pensionales, sino que es apenas con esta sentencia que se le ordena la elaboración del cálculo actuarial por los periodos de omisión de afiliación y pago en los que incurrieron los empleadores condenados en primera instancia, siendo solo hasta que dicha entidad administradora proceda a emitir el correspondiente cálculo actuarial e incluir en el expediente administrativo del demandante la información actualizada necesaria para el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez, luego del pago que se le efectúe, que se le podrá endilgar responsabilidad.

Reconocimiento pensional que, por consiguiente, está sujeto a la revisión que haga la administradora de los datos completos del demandante, para lo cual se le otorga un plazo no mayor a treinta días (30) hábiles siguientes

a la elaboración del cálculo actuarial con el fin de que actualice el expediente administrativo del actor y expida el acto administrativo a que haya lugar en el que resuelva sobre el mismo, actualización que valga la pena precisar, debe contener los periodos de mora patronal aquí señalados respecto de los que no adelantó su facultad de cobro coactivo (34 semanas detalladas en el cuadro anterior). Elaboración del cálculo actuarial, en el que igualmente deberá discriminar la cuota parte que le corresponde asumir al empleador y al trabajador fijada en la ley y atendiendo el salario devengado por el demandante en cada periodo de cotización (con los cuales se cotizó a salud, o en su defecto el salario mínimo legal mensual vigente). No obstante lo anterior, el empleador debe pagar el total del cálculo del aporte, quedando facultado para obtener el reembolso de la parte del trabajador, ya sea consensuado mediante acción judicial, con miras a que el demandante pueda acceder a la prestación que le pueda corresponder, calculo actuarial que deberá determinarse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En suma, para todos los efectos legales, es condición para resolver la pretensión pensional aquí reclamada, el pago del cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES por los periodos de “omisión de afiliación al sistema de pensiones”, encontrándose a cargo de los demandados YESID PARRA CASTRO y CONSTRUPAR Y C LTDA, tal obligación, y con ella, la realización de todos los trámites administrativos tendientes al cumplimiento de la orden impartida.

Por lo anterior habrán de revocarse los ordinales **quinto, sexto, séptimo** y el **adicional** de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento pensional a que fue condenada, sin perjuicio de la orden que se le imparte frente a la actualización de la historia laboral y la elaboración del cálculo actuarial en favor del demandante, en los términos anteriormente señalados.

DE LAS COSTAS

Sin costas en esta instancia atendiendo el resultado de la alzada. Las de primera instancia se confirman

En todo lo demás se confirma la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales **QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO** y el **ADICIONAL** de la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ JAIME DIAZ RANGEL** en contra de la **SOCIEDAD CONSTRUCCIONES Y ESTRUCTURAS PARRA SAS, YESID PARRA CASTRO Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en cuanto resolvió de fondo sobre el reconocimiento pensional del demandante, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del mismo, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, elaborar el cálculo actuarial en favor del demandante por los períodos de “omisión de afiliación al sistema de pensiones”, cuyo pago se encuentra a cargo de los demandados YESID PARRA CASTRO y CONSTRUPAR Y C LTDA, efectuado éste, a la actualización del expediente administrativo del actor (historial de cotizaciones) y a la expedición del correspondiente acto administrativo en el que resuelva sobre el derecho pensional del mismo, de acuerdo a los lineamientos fijados en la parte considerativa de este proveído.

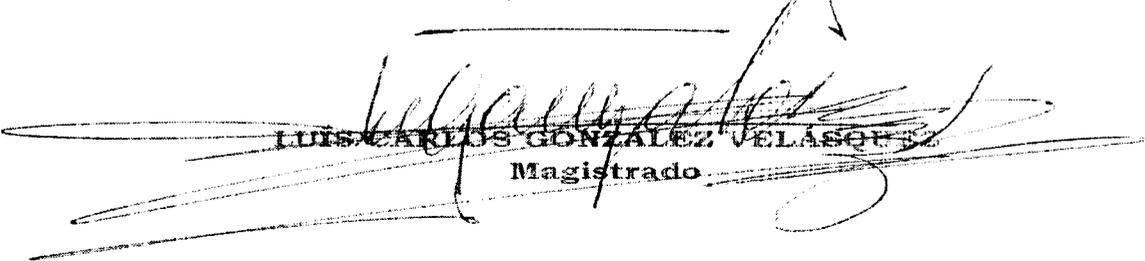
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado